

RESOLUCIÓN (Expte. A 365/07, CARGILL/PIEMA)

Pleno

Sres.:

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
Dña. María Jesús González López, Vocal
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 2 de Agosto de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente la Vocal D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 365/07, CARGILL/PIEMA (2753/07 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio), iniciado como consecuencia de la solicitud de Autorización Singular presentada conjuntamente por CARGILL HOLDING, S.L. (en adelante CARGILL) y PIENSOS EQUILIBRADOS MALLORCA, S.A. (en adelante PIEMA) para realizar un acuerdo de empresa en participación o "joint venture" (en adelante JV), mediante el cual CARGILL y PIEMA pretenden consolidar sus actividades de producción industrial y comercialización de piensos para animales en las Islas Baleares, centralizándolas en la planta que PIEMA posee en la actualidad en Palma de Mallorca y cerrando la planta que CARGILL tiene en Felanitx (Mallorca).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 10 de enero de 2007, tuvo entrada en el Servicio escrito conjunto de CARGILL y PIEMA solicitando Autorización Singular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), y el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo (B.O.E. 15 de abril), por el que se desarrolla la LDC, para un acuerdo de empresa en participación o "joint venture", mediante el cual CARGILL y PIEMA pretenden consolidar sus

actividades de producción industrial y comercialización de piensos para animales en las Islas Baleares, centralizándolas en la planta que PIEMA posee en la actualidad en Palma de Mallorca y cerrando la planta que CARGILL tiene en Felanitx (Mallorca).

2. Con fecha 15 de enero, se solicitó informe a la Subdirección General de Concentraciones ante la posibilidad de que el citado acuerdo pudiera constituir una operación de concentración. La S.G. informó el 29 de enero que en principio no constituía una operación de concentración en el sentido del artículo 14 de la LDC.
3. Con fecha 16 de enero de 2007 el Servicio, en base al artículo 6 del RD 378/2003, remitió a los solicitantes un escrito de subsanación. El requerimiento fue cumplimentado por escrito de fecha 24 de enero de 2007, siendo ésta la fecha en que debe entenderse ha sido presentada en forma la solicitud e iniciado el expediente de acuerdo con lo previsto en los artículos 6 y 7 del Real Decreto 378/2003.
4. Mediante Providencia del Director General de Defensa de la Competencia, de fecha 2 de febrero de 2007, se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente de autorización, quedando registrado con el número 2753/07.

Asimismo a los efectos del trámite de información pública a que se refieren el artículo 38.4 de la LDC y el artículo 7.2 del Real Decreto 378/2003, se ha publicado nota sucinta en el BOE nº 39, de 14 de febrero de 2007. En este trámite no se han producido comparecencias ni alegaciones de terceros.

5. Por Providencia del 5 de febrero de 2007, el Servicio requirió a los notificantes información adicional, suspendiendo plazo. Dicho requerimiento fue contestado por escritos de 21 y 23 de febrero de 2007, levantándose la suspensión de plazo con efectos 2 de marzo de 2007.
6. El 15 de marzo de 2007, el Servicio emitió un informe en el que estima que la Autorización Singular solicitada por CARGILL HOLDING, S.L. y PIENSOS EQUILIBRADOS MALLORCA, S.A. *“para un acuerdo de empresa en participación o Joint Venture puede ser considerada como una cooperación lícita desde el punto de vista de la libre competencia al amparo del artículo 3.2 c) de la Ley 16/1989”*.

7. El expediente fue recibido en el Tribunal el 16 de marzo de 2007 y admitido a trámite en el Pleno de 29 de marzo, acordándose en base al artículo 13 del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, Autorización Singular y registro de Defensa de la Competencia, la no aplicación provisional del Acuerdo, lo que fue puesto de manifiesto a los interesados a los efectos oportunos.
8. Con posterioridad, el 2 de abril de 2007, tuvo entrada en el TDC escrito del SDC adjuntando el preceptivo informe del Consejo de Consumidores y Usuarios, emitido el 20 de marzo de 2007, sin alegaciones.
9. El 3 de mayo de 2007 tuvo entrada en este Tribunal, escrito de la representación de ambos interesados en el que solicitan:
 - i) que se admita como prueba la documental obrante en el expediente.
 - ii) la celebración de una audiencia con la Vocal ponente con la asistencia de las empresas solicitantes con el fin de poder explicar directamente al Tribunal la cooperación cuya autorización se solicita.
 - iii) que se admitan como trámite final ya que no han propuesto nuevas pruebas, las alegaciones que remiten.

Las alegaciones que realizan se pueden resumir en:

- que comparten la conclusión del SDC en su informe en cuanto a la consideración de que el Acuerdo es autorizable al amparo del artículo 3.2 c de la LDC, pero no están de acuerdo con la valoración del Servicio del beneficio a los consumidores.
- que insisten no obstante, en la aplicabilidad al Acuerdo del Reglamento 2658/2000 de exención a determinadas categorías de Acuerdos de especialización.
- que el acuerdo es también autorizable bajo el artículo 3.1 de la LDC porque cumple los tres requisitos exigidos en el mismo, incluido el apartado a) sobre el que el SDC manifiesta dudas.
- que muestran su disconformidad con la denegación de aplicación provisional del Auto de admisión a trámite y solicitan al Tribunal que levante la suspensión antes de proceder a la resolución final.

10. Por Providencia del Pleno de 11 de mayo de 2007, se solicita a los notificantes determinada información adicional y se les convoca junto con el Servicio a una Audiencia preliminar, según lo previsto en el artículo 9.2 del Real Decreto 378/2003.
11. La Audiencia tuvo lugar el 25 de mayo de 2007 en la sede del Tribunal.
12. El 1 de junio de 2007 se recibe en el Tribunal escrito de los notificantes con la información solicitada en la Providencia y en la Audiencia. Acompaña al mismo informe de una consultora sobre el ámbito geográfico del mercado.
13. Se deliberó y falló sobre este expediente en el Pleno de 2 de agosto de 2007.
14. Son interesados en este expediente:
 - CARGILL HOLDING S.L.
 - PIENSOS EQUILIBRADOS MALLORCA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de este expediente la petición de Autorización Singular, formulada por CARGILL y PIEMA en base a lo dispuesto en el art. 4 de la LDC, para la constitución de una empresa en participación (JV), controlada conjuntamente por ambas al 50%, denominada Balear de Nutrición Animal, S.L., en la que pretenden consolidar sus actividades de producción industrial y comercialización de piensos para animales en las Islas Baleares, centralizándolas en la planta que PIEMA posee en la actualidad en Palma de Mallorca y cerrando la planta que CARGILL tiene en Felanitx (Mallorca). El objeto social de la nueva empresa sería la fabricación, comercialización y distribución de piensos compuestos para animales (terneros, vacas de leche, cerdo blanco, gallinas ponedoras, pollo de engorde y otras especies de aves, corderos, conejos y caballos), así como la comercialización de comida para mascotas, en particular para perros y gatos, en las Islas Baleares.

El acuerdo para el que se pretende la Autorización Singular solicitada es un acuerdo entre competidores cuyo objeto es fabricar en común sus respectivos productos, acuerdo que en principio, estaría entre los acuerdos prohibidos por el artículo 1 de la LDC.

SEGUNDO.-Según los solicitantes el objetivo de la operación de producción conjunta es aprovechar la capacidad de producción infrautilizada de PIEMA, y conseguir mejoras en la eficiencia del proceso productivo al incorporar los métodos organizativos y el “*know how*” de CARGILL en las instalaciones, más modernas de PIEMA, lo que debería resultar en una reducción del coste por tonelada de producto final.

El fundamental motivo alegado para el acuerdo de producción conjunta es que en este momento ambas empresas están operando muy por debajo de su capacidad productiva de piensos: CARGILL, cuya planta necesitaría fuertes inversiones para ponerla al día, opera al 33% de su capacidad y PIEMA, con una planta mucho más moderna, opera a un 57% de su capacidad.

Los solicitantes consideran imprescindible el acuerdo para el mantenimiento de un cierto nivel de producción en las Islas Baleares puesto que CARGILL afirma que ya ha tomado la decisión de cerrar la planta de Baleares debido a que su necesaria puesta a punto exigiría grandes inversiones que no serían rentables dada la demanda decreciente de piensos en la zona. Añaden los solicitante que de no tomar CARGILL las riendas de la producción, posiblemente PIEMA también dejaría de producir. En su escrito de 1 de junio, posterior a la Audiencia, afirman que el principal objetivo de la operación es “*asegurar la viabilidad futura del negocio actual de ambas empresas, seriamente amenazada por las ineficiencias de ambas empresas operando por separado*”.

Alegan finalmente que el Acuerdo además de las eficiencias en la producción y la consiguiente reducción de costes tendría efectos positivos en la economía de las Islas al promover y reactivar la producción local de piensos para ganado, cuidando la calidad del producto y permitiendo además mantener en las Islas actividades de asesoramiento y consejo a los ganaderos.

El volumen de negocios previsto para la JV es de 21 M€, de los cuales 5,5 corresponderían a CARGILL y 15,5 a PIEMA.

TERCERO.-La instrumentación del acuerdo se realiza mediante una carta de intenciones firmada el 31 de enero de 2006 y los principales términos y condiciones del mismo constan en un contrato de “joint venture” firmado el

24 de noviembre de 2006, por un periodo de 8 años, con una cláusula suspensiva que condiciona la entrada en vigor al cumplimiento de determinadas condiciones entre otras, *“que se hayan obtenido todos los permisos, aprobaciones, consentimientos y autorizaciones a través de las Autoridades de Competencia españolas o europeas, según el caso”*. El contrato tiene una cláusula de no competencia por la cual, *“ninguna de las partes ni sus asociadas, ni los administradores, empleados y agentes de las mismas competirán con la JVC en la producción, comercialización y distribución de los productos en el territorio mientras la parte de que se trate sea socio, directa o indirectamente de la JVC”*. También incluye una cláusula de distribución conjunta de los productos, que seguirán manteniendo las marcas actuales de ambas firmas, según cual, la JV *“llevará a cabo la distribución de los productos en el territorio de la misma forma en la que las partes lo hacen en la actualidad”* y para cuyo funcionamiento CARGILL y PIEMA aportaran a la JV su cartera de clientes. El contrato principal va acompañado de una serie de contratos complementarios o auxiliares sobre licencia de marcas; arrendamiento; suministro de producto; suministro de materia prima; servicios administrativos; servicios auxiliares; transporte; pactos de subrogación, etc., que recogen el traspaso del negocio de las interesadas a la JV así como el funcionamiento de ésta.

El Servicio resume como sigue los acuerdos entre CARGILL y PIEMA:

- Las partes se comprometen a constituir una empresa en participación (JV), con forma de sociedad limitada, a la que cada una contribuye con el 50% del capital, su cartera de clientes y una licencia gratuita y no exclusiva sobre sus marcas (fol. 52 a 54 y 170 a 171).
- CARGILL cerrará su planta en Felanitx y PIEMA arrendará su planta de Palma de Mallorca a la JV (fol. 8) -en la cual se centralizará la producción- mediante el oportuno contrato de arrendamiento (fol. 54).
- Las partes otorgarán una licencia exclusiva y gratuita sobre sus respectivas marcas, de acuerdo con un contrato de licencia de marcas suscrito al efecto (fol. 8 y 89 a 95), a fin de que la JV pueda vender los productos de las partes bajo sus respectivas marcas.
- CARGILL se encargará de la gestión del día a día de la JV, es decir, todas las actividades de administración y dirección, producción y distribución (venta), realizándolas con personal de CARGILL, y en

virtud de un contrato de servicios administrativos suscrito con la JV (fol. 8 y 105 a 114). Asimismo, CARGILL se encargará, mediante un contrato de servicios técnicos, de los aspectos relativos al control de calidad de ingredientes y productos, formulación y diseño de productos, gestión y supervisión de la producción, gestión de costes, mantenimiento y seguridad, (fol. 9 y 115 a 127).

- PIEMA prestará a la JV servicios de transporte de materias y de productos terminados y le suministrará materias primas para la fabricación de los productos, en virtud de sendos contratos de transporte y suministro, (fol. 10, 128 a 135 y 136 a 144).
- La JV suministrará los distintos tipos de pienso a las granjas de PIEMA, conforme a las directrices de esta última. Según el “Contrato de suministro” entre la nueva empresa y PIEMA, aquélla producirá por encargo y a “medida”, según especificaciones del comprador, y a un precio definido en el contrato (precio de los ingredientes+mermas+precio de fabricación del producto+envases) (fol. 10 y 145 a 155).
- El Consejo de Administración de la JV estará compuesto por cuatro consejeros, dos nombrados por cada parte, más un secretario, no consejero. El Consejo nombrará de entre sus miembros a un presidente, así como al secretario mencionado, que ostentarán el cargo durante un año. El presidente será nombrado alternativamente cada año por una de las partes y lo mismo se hará con el secretario no consejero (fol. 10 y 61).

CUARTO.- Según los datos que obran en el expediente del Servicio el mercado de piensos es un mercado con múltiples productores a nivel nacional (925) y con una alta producción para autoconsumo (más del 75%), dada la integración vertical que existe con la cría de ganado, siendo menos los productores que producen para venta al mercado libre.

CARGILL, que sólo produce para mercado libre, es el quinto productor nacional sobre total y el segundo en producción para mercado libre, con una producción de 722.213 Tm/año, 3,38% de la producción nacional y una cuota en el mercado libre del 14,60%.

PIEMA con una producción total de 80.000 Tm, y un 50% para autoabastecimiento, es un productor marginal en el mercado nacional (sólo produce y vende en Baleares) con menos de 0,4% de la producción total y menos de un 0,8% para el mercado libre.

Conjuntamente CARGILL y PIEMA producen 800.000 Tm/año es decir, el 3,7% del mercado total y un 15,3% del mercado libre.

La **JV** tendría una capacidad de 140.000 Tm/año (capacidad de la factoría de PIEMA) que produciendo en el máximo supondría un 0,67% del mercado nacional y a un uso normal de la capacidad del 75% en torno al 0,5% de la producción nacional. De mantenerse el mismo autoconsumo de PIEMA (40.000 Tm/año) la cuota de la JV del mercado libre nacional sería del 1,31%.

La demanda de Baleares en 2006, fue de 147.000 Tm, aproximadamente el 0,69 del mercado nacional y con tendencia a la baja. PIEMA con 80.000 Tm y CARGILL con 25.000 Tm, surten más del 70% del mercado balear. El 30% restante se cubre más o menos a partes iguales entre otra producción realizada en las propias Islas y el producto llevado desde la Península. La desaparición de CARGILL elevaría el déficit de producción en las Islas al 30% del consumo.

La capacidad total de producción de la JV (140.000 Tm/año) abastecería prácticamente la demanda del mercado balear. La producción prevista, con un uso de capacidad del 75% (105.000 Tm/año), supone un 71% del mercado balear total, y suponiendo que PIEMA mantiene iguales niveles de autoconsumo, la venta al mercado libre cubriría un 60% de la demanda.

Según información que consta en el expediente las materias primas utilizadas en la producción que se lleva a cabo en las Baleares procede en un 82% del exterior de las Islas (Península o terceros países).

Por lo que se refiere al mercado de comida para mascotas (perros y gatos) cuyos productos comercializaría la JV, la cuota de mercado es muy pequeña, en conjunto 4,3% de comida para perros y 0,87% de comida para gatos del valor a nivel nacional y 9,1% y 6,67% respectivamente en Baleares.

QUINTO.- Para que el Tribunal pueda autorizar un Acuerdo entre competidores el mismo debe cumplir los requisitos recogidos en el artículo 3 de la LDC y la carga de la prueba corresponde al notificante.

Un acuerdo, que por su objeto o por sus efectos, restrinja la competencia puede beneficiarse de la exención del artículo 1.3 de la LDC, y ser autorizable, si cumple una serie de requisitos necesarios y suficientes definidos por la norma y consolidados por la doctrina, a saber: a) que el acuerdo contribuya a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico y económico, b) que permita a consumidores y usuarios participar en el resultado, c) que no imponga restricciones que no sean indispensables, d) que no consienta o permita la posibilidad de eliminar la competencia.

Finalmente son autorizables, pero sólo en función de la situación económica y del interés público, otros acuerdos entre los que se incluyen aquéllos que por su escasa importancia no pueden afectar de manera significativa a la competencia.

SEXTO.-Además de la Autorización Singular, caso a caso, también se consideran autorizados sin necesidad de declaración expresa del Tribunal los acuerdos que por sus características puedan acogerse a una exención por categoría declarada por el Gobierno de acuerdo con el artículo 5 de la LDC, y siempre que cumplan todos los requisitos previstos para la misma. A estos efectos el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, incorpora a la normativa nacional los Reglamentos comunitarios de exención por categorías vigentes y los que los sustituyan, de forma que desde ese momento son también aplicables a las prácticas que afecten exclusivamente al mercado español, siendo a todos los efectos estos Reglamentos autorizaciones generales por categorías de las previstas en el artículo 5 de la Ley 16/1989. Entre dichos Reglamentos comunitarios de exención por categorías de aplicación en el ámbito nacional se encuentra el Reglamento (CE) 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a determinadas categorías de acuerdos de especialización.

Los solicitantes de la Autorización objeto de este expediente declaran que la operación cumple los requisitos del Reglamento comunitario 2658/2000, de 29 de noviembre, relativo a determinadas categorías de acuerdos de especialización, por lo que le sería de aplicación el artículo 2.3 a) del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, de exenciones por categorías. Lo afirman en la solicitud (apartado 7 de la misma, folio 23 SDC) y lo reiteran en el punto 9 del escrito al TDC de 1 de junio, cuando subrayan que “el *Reglamento ...es*

directamente aplicable al acuerdo de cooperación notificado”. Y añaden “por lo que en rigor ni siquiera era preciso solicitar una Autorización Singular para el acuerdo notificado, habiéndose procedido a ello “ad-cautelam”....”.

El citado Reglamento comunitario exime de la aplicación de artículo 81.1 (equivalente al artículo 1 de la LDC) a determinados acuerdos de especialización entre competidores, lógicamente acuerdos que contengan restricciones de la competencia y por tanto sometidos al 81.1, en la consideración que dichos acuerdos de especialización de la producción *contribuyen en general a mejorar la producción o distribución de los bienes* y que cuando existe competencia efectiva, es de esperar, *que los usuarios se beneficien equitativamente de las ventajas resultantes* (considerando 8 del reglamento) y por tanto se cumplirán las condiciones del artículo 81.3 (artículo 3.1 de la LDC) (considerando 7 del Reglamento).

La condición primera e ineludible para aplicar la exención es que la cuota de mercado de las empresas no supere el 20% del mercado de referencia (artículo 4).

SEPTIMO.- Una cuestión fundamental previa a cualquier consideración, ya sea para proceder a una Autorización Singular como para acogerse a un Reglamento de exención (previa autoevaluación por los interesados), es la definición del mercado en la que se desarrolla el acuerdo, tanto desde el punto de vista de producto como geográfico.

El Servicio en su Informe ha analizado el mercado de piensos compuestos para animales y el de comida de mascotas.

Por lo que se refiere a la comida de mascotas, el mercado de piensos “secos” (diferenciado de la variedad de “húmedos”, a base de carne, etc. y comercializado en latas) para perros y gatos, el Servicio lo define como nacional y en él ambas empresas son marginales. En todo caso ni PIEMA ni CARGILL producen, sólo distribuyen, y su cuota en el mercado balear es inferior al 10% tanto para perros como para gatos.

En el de piensos, ha definido el mercado relevante como *“el de fabricación y comercialización de piensos compuestos para el ganado”*. Y tras mencionar determinadas Resoluciones del Tribunal (C-63/01, NUTECO/AGROVIC), y de la Comisión (COMP M 2271 CARGILL/ARGIBRADS) y un informe del propio SDC, así como el hecho de que la producción de Baleares es muy limitada y

que tiene que traer del exterior (Península o extranjero) la mayor parte de los ingredientes de los piensos, que tienen similares costes de transporte que el producto final, concluye que el mercado es nacional.

El Tribunal en el informe citado constataba que *“las fábricas de piensos se encuentran repartidas en todo el territorio nacional, dados los altos costes de transporte que supone su traslado, en relación con el valor del producto”*, estimando que la variación puede ir desde 1pts/Kg. a 5pts/Kg. para larga distancia, lo que podría suponer un 20% del coste. No obstante la constatación de comercialización a distancias largas y la competencia en precios no le permitieron definir un mercado inferior al nacional.

En este expediente una de las cuestiones importantes a dilucidar es si en este caso concreto el mercado es el nacional como predica el SDC y argumentan los interesados o deberíamos limitar el mercado al de las Islas Baleares con los consiguientes efectos para el análisis de la operación.

La cuestión es relevante para la resolución del expediente y es necesario planteársela porque con carácter general, los precios de los piensos son mucho más elevados en las Islas Baleares que en la Península. Según datos remitidos por los solicitantes (folios 246 a 249) la diferencia de precios de la propia CARGILL entre sus fábricas de Baleares y de Valencia, va de 1 a 12 euros por 100 kg. de producto, con la excepción del pienso para lechones que es más barato en CARGILL Baleares, que en CARGILL Valencia. Esas diferencias en el mismo producto (producido por la misma empresa), que en algunos casos (pienso para terneros o cerdos) superan el 50% del precio en la Península, hacen presumir la existencia de alguna barrera importante a la entrada de producción peninsular en las Baleares.

La razón que dan los notificantes para estas diferencias de precios entre Península y Baleares es el coste del transporte de las materias primas o inputs de la producción que, como queda recogido en el punto 4 anterior, proceden de fuera de las Islas en un 82%, y justifican las diferencias entre los productos CARGILL (Valencia/Baleares) por el precio de los portes, 6,47 € /100Kgs. Pero el coste de transporte no justifica por si solo el diferencial de precios.

La Comisión en su Comunicación C-372/5, de 9 de diciembre de 1997, relativa a la definición de mercado de referencia, define las tres fuentes principales de presión competitiva: sustituibilidad de la demanda,

sustituibilidad de la oferta y competencia potencial, que permitirían definir un mercado geográfico y de producto. En el caso que nos ocupa el producto, los piensos compuestos para animales, es bastante homogéneo y la duda que se plantea en cuanto al mercado geográfico es si los consumidores Baleares, clientes de CARGILL y PIEMA, tienen una alternativa factible en la producción de la Península para sustituir los productos ofrecidos por la JV, o si existen obstáculos que protegen a las empresas localizadas en Baleares de la presión competitiva que pueden ejercer las empresas localizadas en la Península.

Las diferencias sistemáticas de precios más arriba recogidas, que no muestra una evolución a corregirse en el tiempo; la baja tasa de introducción de producto peninsular (folio 271), que se muestra estable en los tres años para los que existen cifras, y el elevado coste de transporte, no avalan la existencia de una presión competitiva suficiente de la producción peninsular.

Todo lo cual lleva al TDC a delimitar el mercado relevante como el balear.

OCTAVO.- El Servicio, definiendo el mercado geográfico como nacional, ha instruido el expediente a la luz del artículo 3 de la LDC sin considerar en ningún momento el encaje del mismo en el artículo 2.3 a) del Reglamento 378/2003, de 28 de marzo, de aplicación en el mercado nacional del Reglamento (CE) 2658/2000 de la Comisión.

Aplicando el artículo 3.1 concluye el Servicio que de *“los tres requisitos contenidos en el apartado 1 del artículo 3 de la LDC, podría admitirse que el acuerdo responde a las exigencias de las letras b) y c) de dicho apartado”,* pero, añade, *“no queda tan claro la adecuación del acuerdo a la exigencia de la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la LDC, esto es, cómo van a repercutir de forma beneficiosa sobre los usuarios o consumidores (los ganaderos) las ventajas que se pretenden derivan del acuerdo. Los ahorros de costes se buscan y la eficiencia productiva se espera conseguir, pero no se ha previsto, aparentemente, un programa con fases concretas que permita evaluar la consecución de objetivos en un determinado plazo y que dé lugar a una concreción en hechos de los objetivos buscados, y por tanto, del efectivo traslado de las ventajas que puede reportar la operación a los usuarios. Y el efecto que se deduce exigible de la LDC ha de ser positivo y determinable, no simplemente neutro o no perjudicial”*

No obstante el Servicio termina proponiendo la autorización del acuerdo sobre la base del artículo 3.2 c) de la LDC por considerar que es de menor importancia.

Parece procedente recordar aquí que el apartado 2 del artículo 3 exige, con carácter general, para todos los supuestos contemplados en el mismo, que se justifiquen por la situación económica general y el interés público, aspectos éstos que no han sido desarrollados en el informe del SDC.

NOVENO.- El Tribunal por el contrario considera que debe analizarse el acuerdo a la luz del artículo 3.1 de la LDC en el ámbito del mercado balear, en el que, como queda recogido en el punto 4 anterior, las empresas detentan una cuota muy elevada, superior al 70% del mercado total y del 60% del mercado libre, y el producto proveniente de la Península no llega en este momento al 20% del consumo del mercado libre.

Procede por tanto analizar si cumple los cuatro requisitos acumulativos que exige el artículo 3.1, pues siguiendo la Comunicación de la Comisión sobre directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE, (par 106 de la Comunicación C-101/8 de 27.04.04), el hecho de que una empresa detente una posición de dominio no impide aplicar la exención si se cumplen los requisitos.

Teniendo en cuenta la situación del mercado balear, con demanda decreciente y el exceso de capacidad de las empresas implicadas, el acuerdo planteado presenta eficiencias en cuanto a la producción y a la distribución. Los propios notificantes en su respuesta al Servicio de 21 de febrero de 2007 (folio 230) identifican varios tipos de ahorros de costes. Ahorros derivados del mejor aprovechamiento de la capacidad de la factoría de PIEMA, de mano de obra en el envasado, del uso de las tecnologías y métodos más modernos de CARGILL. Todo ello, de acuerdo con los notificantes deberá redundar en una mejora de la producción y “será trasladado al consumidor mediante precios más competitivos”.

Alegan también otras eficiencias cualitativas como la mejora de calidad del producto y del servicio que prestarán a los consumidores, que son los ganaderos de las Baleares, o el ahorro energético.

Aceptadas la mejora de la producción y el resto de eficiencias alegadas por los solicitantes, es necesario analizar si cumple el resto de requisitos para ser autorizado y ponderar si los efectos positivos superan a los efectos negativos

y la probabilidad de que se den unos y otros. (Ver Sentencia TPI de 27 de septiembre de 2006 GlaxoSmithKline).

Por tanto el acuerdo no debe contener cláusulas restrictivas más allá de las necesarias para su funcionamiento; ni posibilitar la reducción de la competencia existente en el mercado y, además, esas eficiencias y ahorros descritos por los notificantes deben trasladarse en una medida adecuada a los consumidores.

DECIMO.- El Tribunal considera que la mayor parte de las cláusulas del acuerdo de *Joint Venture* responderían a las exigencias anteriores y serían necesarias para el objetivo propuesto en el mismo. No obstante, dada la posición que la nueva empresa detendrá en el mercado balear (cuota superior al 60% del mercado libre) no pueden desdeñarse los riesgos de que las ventajas no sean trasladadas a los consumidores o incluso de que la actual situación de precios altos, muy superiores a los de la Península, que padecen los ganaderos de las islas y que puede ser una de las razones de la baja producción de carne, muy por debajo del consumo, descrita en la solicitud de Autorización Singular (folio 14), se refuerce.

Además PIEMA se verá muy beneficiado en su otra actividad de cría de ganado, en que compite con el resto de ganaderos de la zona, al obtener los piensos a precios de coste (ver Fundamento de derecho TERCERO). Por tanto, los ganaderos de la zona deberán participar desde el inicio de la reducción de costes que supone la creación de la JV, y no verse discriminados pues en caso contrario se produciría una distorsión del mercado aguas abajo de la cría de ganado para carne.

Entiende el Tribunal que existen una serie de cláusulas imprescindibles para el buen funcionamiento de la JV pero plantea dudas que sea necesario una estrategia comercial de red única para ambas marcas.

Sobre el sistema de distribución, a la solicitud de información del Tribunal realizada mediante Providencia de 11 de mayo de 2007 responde CARGILL con una descripción de su sistema de distribución actual. Dice se realiza en dos canales de venta: venta directa, que suministra directamente de la fábrica al consumidor (las granjas) con factura también directa, y la venta a través de intermediarios, en que la fábrica suministra y factura al intermediario y éste a su vez al granjero con un margen de intermediación. Define a los intermediarios como pequeñas empresas multiuso, que además de piensos venden todo tipo de elementos para el campo, semillas, abonos, herramientas, incluso animales vivos. Afirma que los distribuidores *“no son exclusivos y, en general, comercializan los productos tanto de CARGILL*

como de PIEMA”, y se entiende que de otros productores. Afirma asimismo como había hecho en escritos previos, que la nueva compañía continuará fabricando los productos con las marcas actuales por lo que “los distribuidores y sus clientes seguirán disponiendo de las actuales referencias y existirá competencia intramarca.”

No duda este Tribunal de que en el corto plazo se mantengan las marcas como afirman los notificantes, pero con la estructura de mercado descrita más arriba esto podría no ser suficiente para que exista una competencia entre las marcas al mismo nivel que antes de la creación de la JV, más aún cuando se trata de productos de similares características para los mismos animales, que son altamente sustituibles. Por tanto, además de la diferenciación de marcas la JV deberá mantener políticas comerciales autónomas entre ambas marcas y no acaparar en exclusiva las redes de comercialización existentes.

Y para que este Tribunal pueda autorizar el acuerdo debe asegurarse de que no existe un riesgo probable de eliminar la competencia, por ejemplo mediante la imposición de exclusividad a los distribuidores que impida a los competidores, tanto de las Islas como de la Península distribuir los productos, al menos, en iguales condiciones que lo hacían antes del acuerdo.

Por último la eliminación de restricciones innecesarias y el mantenimiento de los máximos niveles de competencia dentro del carácter restrictivo que tiene el acuerdo, razón por la que solicitan la autorización, facilitará el cumplimiento del requisito del apartado a) del artículo 3.1 de la LDC de trasladar al consumidor en la medida adecuada las ventajas que los participantes van a obtener del acuerdo. En consecuencia, y al margen de otras ventajas a las que aluden los notificantes de servicios más directos para los ganaderos, es necesario que la reducción de costes sea percibida por los ganaderos en los precios que pagan por el pienso en el corto plazo.

UNDECIMO.- Por tanto el Tribunal considera que el acuerdo entre CARGILL y PIEMA para formar una empresa en participación bajo el nombre de “Balear de Nutrición Animal S.L.”, (contrato en folios 47 y ss del expediente del SDC) podría autorizarse a condición de que:

1º) CARGILL y PIEMA mantengan estrategias comerciales autónomas, conservando las marcas separadas y con políticas de comercialización propias, que en todo caso no podrán ser en régimen de exclusiva de los productos de la JV.

2ª) Modifiquen en consecuencia las cláusulas correspondientes del Acuerdo de *Joint Venture*.

3º) Garanticen a los consumidores de piensos, productores ganaderos, el acceso a los productos de la JV en condiciones no discriminatorias.

DUODECIMO.- Sin perjuicio de lo anterior, y aunque esta solicitud de Autorización Singular fue presentada y fallada estando en vigor la Ley 16/1989, éste Tribunal no puede ignorar que la voluntad del legislador, plasmada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa a la Competencia, que sustituirá a la vigente en el momento de su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007, ha sido la de suprimir el régimen de Autorizaciones Singulares del marco regulatorio español en materia de Defensa de la Competencia pasando a un régimen de autoevaluación de las empresas del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, en consonancia con la normativa comunitaria.

Ante este nuevo hecho relevante el Tribunal considera que en este momento transitorio no debe proceder a autorizar acuerdos que vayan más allá de la entrada en vigor de la Ley 15/ 2007 citada, momento en que los interesados realizarán su propia evaluación del cumplimiento de los criterios de exención previstos en la Ley tal como ya lo hacen desde mayo de 2004 en aquellos acuerdos sometidos a la normativa comunitaria (Reglamento CE 1/2003).

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría

HA RESUELTO

Primero.- Autorizar hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la competencia, a CARGILL HOLDING IBERIA, S.L y a PIENSOS EQUILIBRADOS MALLORCA, S.A. la creación de la empresa en participación solicitada, “Balear de Nutrición Animal S.L.”, siempre que cumpla las condiciones que se recogen en el Fundamento de Derecho UNDECIMO.

Segundo. Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia y el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución, así como que proceda a la inscripción correspondiente en el Registro de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole constar que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de la presente Resolución.